



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2017

Stellungnahme zur Volksinitiative "Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)"

Auer, Andreas ; Beusch, Michael ; Bucher, Silvia ; Diggelmann, Oliver ; Forowicz, Magdalena ; Gächter, Thomas ; Griffel, Alain ; Haller, Walter ; Häner, Isabelle ; Jaag, Tobias ; Kaufmann, Christine ; Keller, Helen ; Kiener, Regina ; Mächler, August ; MacLaren, Malcolm ; Mahlmann, Matthias ; Marti, Arnold ; Moeckli, Daniel ; Müller, Georg ; Oesch, Matthias ; Poledna, Thomas ; Rausch, Heribert ; Reich, Johannes ; Saxer, Urs ; Schiess Rütimann, Patricia M ; Schott, Markus ; Thürer, Daniel ; Töndury, Andrea ; Uhlmann, Felix ; Vogel, Stefan ; Weber-Dürler, Beatrice

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-144408>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Auer, Andreas; Beusch, Michael; Bucher, Silvia; Diggelmann, Oliver; Forowicz, Magdalena; Gächter, Thomas; Griffel, Alain; Haller, Walter; Häner, Isabelle; Jaag, Tobias; Kaufmann, Christine; Keller, Helen; Kiener, Regina; Mächler, August; MacLaren, Malcolm; Mahlmann, Matthias; Marti, Arnold; Moeckli, Daniel; Müller, Georg; Oesch, Matthias; Poledna, Thomas; Rausch, Heribert; Reich, Johannes; Saxer, Urs; Schiess Rütimann, Patricia M; Schott, Markus; Thürer, Daniel; Töndury, Andrea; Uhlmann, Felix; Vogel, Stefan; Weber-Dürler, Beatrice (2017). Stellungnahme zur Volksinitiative "Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)". Jusletter, (20.02.2017):online.

Andreas Auer / Michael Beusch / Silvia Bucher / Oliver Diggelmann / Magdalena Forowicz / Thomas Gächter / Alain Griffel / Walter Haller / Isabelle Häner / Tobias Jaag / Christine Kaufmann / Helen Keller / Regina Kiener / August Mächler / Malcolm MacLaren / Matthias Mahlmann / Arnold Marti / Daniel Moeckli / Georg Müller / Matthias Oesch / Tomas Poledna / Heribert Rausch / Johannes Reich / Urs Saxer / Patricia M. Schiess Rütimann / Markus Schott / Daniel Thürer / Andrea Töndury / Felix Uhlmann / Stefan Vogel / Beatrice Weber-Dürler

Stellungnahme zur Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)»

Am 12. August 2016 reichte ein Initiativkomitee, bestehend aus Mitgliedern der Schweizerischen Volkspartei (SVP), die Eidgenössische Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)» ein. Die Autorinnen und Autoren dieses Beitrages, allesamt Mitglieder des Fachbereichs Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, zeigen die Widersprüche und die möglichen Konsequenzen der Initiative auf.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Öffentliches Recht; Verwaltungsrecht; Völkerrecht

Zitiervorschlag: Andreas Auer / Michael Beusch / Silvia Bucher / Oliver Diggelmann / Magdalena Forowicz / Thomas Gächter / Alain Griffel / Walter Haller / Isabelle Häner / Tobias Jaag / Christine Kaufmann / Helen Keller / Regina Kiener / August Mächler / Malcolm MacLaren / Matthias Mahlmann / Arnold Marti / Daniel Moeckli / Georg Müller / Matthias Oesch / Tomas Poledna / Heribert Rausch / Johannes Reich / Urs Saxer / Patricia M. Schiess Rütimann / Markus Schott / Daniel Thürer / Andrea Töndury / Felix Uhlmann / Stefan Vogel / Beatrice Weber-Dürler, Stellungnahme zur Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)», in: Jusletter 20. Februar 2017

Inhaltsübersicht

1. Zielsetzung und Charakter der SBI
2. Die Ausgangslage: Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht bisher
3. Regelungen der SBI zur Hierarchie von Völkerrecht und Landesrecht
 - a) Das Grundanliegen der SBI im Konflikt mit Art. 190 SBI
 - b) Dem Referendum unterstehende und entzogene völkerrechtliche Abkommen
 - c) Folgen für die EMRK
 - d) Folgen für die Bilateralen Abkommen
 - e) Der Vorbehalt des zwingenden Völkerrechts
4. Rechtsunsicherheiten und Bundesgericht
5. Rechtsfolgen eines Widerspruchs von Völkerrecht und Verfassungsrecht
6. Völkerrecht, internationale Ordnung und die Interessen der Schweiz
7. Zusammenfassung

[Rz 1] Die sogenannte Selbstbestimmungsinitiative, im Folgenden SBI, strebt an, in der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) den nachstehenden Initiativtext zu verankern (BBl 2015 1965, 1968):

Die Bundesverfassung wird wie folgt geändert:

Art. 5 Abs. 1 und 4

¹Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht. Die Bundesverfassung ist die oberste Rechtsquelle der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

⁴Bund und Kantone beachten das Völkerrecht. Die Bundesverfassung steht über dem Völkerrecht und geht ihm vor, unter Vorbehalt der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts.

Art. 56a Völkerrechtliche Verpflichtungen

¹Bund und Kantone gehen keine völkerrechtlichen Verpflichtungen ein, die der Bundesverfassung widersprechen.

²Im Fall eines Widerspruchs sorgen sie für eine Anpassung der völkerrechtlichen Verpflichtungen an die Vorgaben der Bundesverfassung, nötigenfalls durch Kündigung der betreffenden völkerrechtlichen Verträge.

³Vorbehalten bleiben die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts.

Art. 190 Massgebendes Recht

Bundesgesetze und völkerrechtliche Verträge, deren Genehmigungsbeschluss dem Referendum unterstanden hat, sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend.

Art. 197 Ziff. 12

12. Übergangsbestimmung zu Art. 5 Abs. 1 und 4 (Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns), Art. 56a (Völkerrechtliche Verpflichtungen) und Art. 190 (Massgebendes Recht)

Mit ihrer Annahme durch Volk und Stände werden die Artikel 5 Absätze 1 und 4, 56a und 190 auf alle bestehenden und künftigen Bestimmungen der Bundesverfassung und auf alle bestehenden und künftigen völkerrechtlichen Verpflichtungen des Bundes und der Kantone anwendbar.

1. Zielsetzung und Charakter der SBI

[Rz 2] Ziel der Initiative ist, das Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht neu zu ordnen. Der Vorrang landesrechtlicher, genauer bundesverfassungsrechtlicher Regelungen gegenüber dem Völkerrecht soll sichergestellt werden. Ein besonderes Augenmerk wird dabei auf menschenrechtliche Verbürgungen des Völkerrechts gerichtet, wozu nicht zuletzt die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)¹ gehört. Die Initiative zielt darauf ab, dass grundsätzlich auch diese völkerrechtlichen Bestimmungen hinter Bundesverfassungsrecht zurücktreten.

¹ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK), SR 0.101.

[Rz 3] Die Initiative strebt damit die Regelung eines Rechtsgebiets an, das einige besonders schwierige Rechtsfragen aufwirft. Die Suche nach sachgemässen Antworten auf diese Fragen beschäftigt die Justiz und die Rechtswissenschaft in der Schweiz seit langem. Die Rechtsprechung sucht ebenso wie der ganz überwiegende Teil der Rechtswissenschaft Lösungen der Probleme nicht in starren Regelungen, sondern bestimmt das Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht auf eine Weise, die auf spezifische Sachfragen differenziert abgestimmt ist.

[Rz 4] Mit diesen schwierigen Rechtsfragen ist die Schweiz nicht allein. Wie in der Schweiz hat das Problem des Verhältnisses von Landesrecht und Völkerrecht auch in anderen Rechtssystemen zu vielschichtigen und rechtlich komplexen Lösungen geführt. Dies gilt nicht nur, wenn Völkerrecht Verfassungsrecht übergeordnet oder als mit Verfassungsrecht gleichrangig angesehen wird, wie es in verschiedenen Staaten der Fall ist. Es gilt auch dann, wenn im Grundsatz in diesen Rechtsordnungen ein innerstaatlicher Vorrang von Verfassungsrecht gegenüber Völkerrecht angenommen wird. Gerade grund- und menschenrechtliche Verbürgungen des Völkerrechts spielen dabei eine besondere Rolle.

[Rz 5] Verschiedene Autorinnen und Autoren haben den Initiativtext diskutiert und auf Rechtsprobleme hingewiesen.² Die Vielschichtigkeit und Komplexität der Regelungen, die der Initiativtext in der Bundesverfassung verankern möchte, sind vielleicht auf den ersten Blick nicht offensichtlich. Der Initiativtext kann den Eindruck erzeugen, eine einfache und klare Regelung des Verhältnisses von Landesrecht und Völkerrecht zu schaffen. Eine genauere Analyse zeigt aber, dass dies keineswegs der Fall ist. Im Gegenteil: Die Initiative wirft viele nicht leicht zu lösende Auslegungsprobleme auf, die sogar zu der Frage führen, ob mit dem Regelungsvorschlag selbst die von den Initianten angestrebten Ziele verfassungsrechtlich überhaupt erreicht werden.

[Rz 6] Die Initiative behandelt Rechtsmaterien, die grundsätzliche Fragen der Struktur der Rechtsordnung der Schweiz, ihres Institutionengefüges und ihrer Position innerhalb der internationalen Ordnung betreffen. Grundelemente der rechtlichen Wirtschaftsverfassung der Schweiz werden berührt. Auch weitere wichtige Problemfelder, von der internationalen Kriminalitätsbekämpfung bis zum Umweltschutz, werden von der Regelung betroffen. Der Schutz fundamentaler Rechte von Menschen und die Art und Weise ihrer Durchsetzung stehen zur Debatte. Auch geostrategische Fragen werden aufgeworfen, nicht zuletzt diejenige, wie in einer Zeit zunehmender internationaler Instabilität, von Krieg und gewalttätigen Auseinandersetzungen mit weitreichenden Folgen auch für die Schweiz eine stabile internationale Ordnung erhalten werden kann.

[Rz 7] Aufgrund der besonderen Komplexität der in der SBI geregelten rechtlichen Problematik, der vielfältigen rechtlichen Fragen, die der Initiativtext aufwirft, und seiner für die Schweiz, ihre Verfassungsordnung und politische Stellung in der Welt herausragenden Bedeutung ist es besonders wichtig, zu klären, was überhaupt den Inhalt der Initiative bildet und was die Folgen einer Annahme sein könnten. Andernfalls können die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger nicht in-

² Vgl. z.B. MÜLLER, JÖRG PAUL/BIAGGINI, GIOVANNI, Die Verfassungsidee angesichts der Gefahr eines Demokratieabsolutismus, ZBl 2015, S. 235 ff.; MÜLLER, JÖRG PAUL/THÜRER, DANIEL, Landesrecht vor Völkerrecht?, ZSR 2015, S. 3 ff.; KELLER, HELEN/BALAZS-HEGEDÜS, NATALIE, Paradigmenwechsel im Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht, AJP 2016, S. 712 ff.; KELLER, HELEN/WALTHER, RETO, Konsequenzen der «Selbstbestimmungsinitiative» für die Wirtschaft, AJP 2016, S. 867 ff.; KELLER, HELEN/WEBER, YANNICK, Folgen für den Grundrechtsschutz und verfassungsrechtliche Gültigkeit der «Selbstbestimmungsinitiative», AJP 2016, S. 1007 ff.; MUSLIU, NAGIHAN, Schweizer Recht statt fremder Richter? Eine Analyse zur möglichen Umsetzungsproblematik bei Annahme der Selbstbestimmungsinitiative, in: Laura Marschner/Patrice Martin Zumsteg (Hrsg.), Risiko und Verantwortlichkeit, 2016, S. 45 ff.; vgl. auch KÄLIN, WALTER/SCHLEGEL, STEFAN, Schweizer Recht bricht Völkerrecht? Szenarien eines Konfliktes mit dem Europarat im Falle eines beanspruchten Vorranges des Landesrechts vor der EMRK, 2014.

formiert eine verantwortungsvolle Entscheidung über die weitreichenden verfassungsrechtlichen Regelungen und die Konsequenzen treffen, die diese Bestimmungen rechtlich und politisch haben könnten.

[Rz 8] Diesem Ziel der Klärung der Gehalte des Initiativtexts sollen die folgenden Bemerkungen dienen. Wir hoffen, damit eine Hilfe für die Stimmbürgerinnen und Stimmbürger zu bieten, die sich darüber informieren möchten, welche rechtlichen Wirkungen die SBI haben könnte und welche Fragen die verfolgten rechtspolitischen Ziele für eine moderne Rechtsordnung aufwerfen. Dabei stehen einige Kernprobleme im Vordergrund, die besondere Aufmerksamkeit verdienen. Eine erschöpfende Analyse der Rechtsfragen, die die SBI aufwirft, wird nicht angestrebt.³

[Rz 9] Bei der rechtlichen Analyse ist der spezifische weitere Kontext der schweizerischen Verfassungsordnung im Auge zu behalten. Insbesondere ist das normativ weitgehend unbeschränkte Recht zur Verfassungsänderung zu bedenken, was die Frage aufwirft, welche Folgen eine womöglich durch die SBI erreichte Schwächung der innerstaatlichen Wirkung des Völkerrechts hätte. Nicht zuletzt ist dabei zu bedenken, wie Grundrechte von Menschen effektiv geschützt werden können, auch solche von Minderheiten.

2. Die Ausgangslage: Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht bisher

[Rz 10] Völkerrecht umfasst das Völkervertragsrecht, das Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze. Dabei ist das Völkerrecht kein Produkt fremder Gewalten. Die Entstehung von Völkerrecht hängt vielmehr vom Handeln staatlicher Organe ab, das in Demokratien an den politischen Willen der Bürgerinnen und Bürger gebunden ist. Dies gilt für Völkergewohnheitsrecht, das nur entstehen kann, wenn entsprechendes, von Rechtsüberzeugungen getragenes Handeln von Staaten erfolgt, ebenso wie für Völkervertragsrecht, dessen Verbindlichkeit die Zustimmung der zuständigen staatlichen Organe zu den Abkommen unter Wahrung der innerstaatlich vorgeschriebenen Verfahren voraussetzt. Auch allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts hängen von rechtlichen Massstäben ab, die in den einzelnen Staaten Anerkennung finden.

[Rz 11] In der Schweiz ist Völkerrecht aufgrund des sog. monistischen Systems ohne Umsetzungsakt Teil der eigenen Rechtsordnung. Die Bundesverfassung enthält aber keine eindeutige Regelung des Verhältnisses von Völkerrecht und Landesrecht. Art. 5 Abs. 4 BV hält als Grundsatz fest, dass Bund und Kantone das Völkerrecht beachten. In Art. 190 BV wird das Völkerrecht neben dem Bundesrecht für massgebend erklärt. Damit wird dem Bundesgericht und den anderen rechtsanwendenden Behörden die Befugnis entzogen, Völkerrecht aufgrund von widerstreitenden verfassungsrechtlichen Regelungen nicht anzuwenden. Eine klare Aussage zur normhierarchischen Stellung des Völkerrechts ist damit aber nicht verbunden. Verfassungsänderungen dürfen allerdings zwingende Bestimmungen des Völkerrechts nicht verletzen.⁴ Dies deutet auf einen Vorrang dieser Bestimmungen gegenüber dem Landesrecht hin.

³ Die Initiative wirft auch Fragen zur Zulässigkeit auf, insbesondere in Hinblick auf das Erfordernis der Einheit der Materie und die Frage, ob es sich bei ihr um eine materielle Totalrevision der Verfassung handelt, die deshalb den entsprechenden Verfahrensvorschriften zu unterwerfen gewesen wäre; vgl. KELLER, HELEN/WEBER, YANNICK, Folgen für den Grundrechtsschutz und verfassungsrechtliche Gültigkeit der «Selbstbestimmungsinitiative», AJP 2016, S. 1015 ff. Diese Fragen, die nicht den Inhalt der Initiative betreffen, sollen hier nicht weiter vertieft werden.

⁴ Art. 139 Abs. 3, 193 Abs. 4, 194 Abs. 2 BV.

[Rz 12] Die genauen Konturen des Verhältnisses von Völkerrecht und Bundesrecht wurden aufgrund dieser Rechtslage in der Rechtsprechung entwickelt. Dem liegt eine bewusste Entscheidung im Prozess der Konzipierung der neuen Bundesverfassung zugrunde, auf eine andere Regelung zu verzichten.⁵ Grundsätzlich kann von einem Vorrang des Völkerrechts vor Bundesgesetzen ausgegangen werden. Eine Ausnahme bilden bewusste Abweichungen des Gesetzgebers vom Völkerrecht («Schubert-Praxis»). Bestimmte Regelungen werden aber von dieser Ausnahme nicht erfasst, insbesondere wenn es sich um menschenrechtliche Verträge des Völkerrechts handelt, wie etwa die EMRK («PKK-Praxis»).

[Rz 13] Das Verhältnis von Völkerrecht und Bundesverfassungsrecht ist besonders komplex. Auch hier deuten Urteile des Bundesgerichts darauf hin, dass in bestimmten Bereichen Völkerrecht Vorrang vor widersprechenden bundesverfassungsrechtlichen Regelungen haben könnte, etwa bei menschenrechtlichen völkerrechtlichen Verträgen. Eine gefestigte bundesgerichtliche Rechtsprechung besteht diesbezüglich jedoch nicht. Diese Fälle sind allerdings selten, nicht zuletzt deshalb, weil mit dem Instrument der völkerrechtskonformen Auslegung von Bundesrecht Konflikte vermieden werden können. Dass Völkerrecht Vorrang vor Verordnungen des Bundes und kantonalem Recht hat, ist unstreitig.

[Rz 14] Dieses vielschichtige System bildet keine Ausnahme in der Staatenwelt. Auch andere Staaten kennen vergleichbar differenzierte Umgangsweisen mit völkerrechtlichen Normen, auch wenn die Regelungen sich in vielen Hinsichten unterscheiden. Gleiches gilt für supranationales Recht, wie das der EU, welches vom Völkerrecht häufig unterschieden wird. Selbst internationale Rechtsordnungen verfolgen entsprechende Ansätze. Ein Beispiel dafür ist die differenzierte Bestimmung des Verhältnisses von EMRK und anderem Völkerrecht, etwa UN-Sicherheitsratsresolutionen, durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR). Ein weiteres Beispiel bildet das Verhältnis von EU-Recht zu Völkerrecht in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, was für die UN-Sicherheitsratsresolutionen und ihr Verhältnis zum EU-Recht ebenfalls praktisch relevant geworden ist. Hinter diesem Regelungsgefüge stehen letztlich die Komplexität moderner Rechtsordnungen, die Vielfalt des Völkerrechts und der hohe Grad internationaler Verflechtung der Staatenwelt, die sich gegen starre und einfache Rechtshierarchien sperren.

3. Regelungen der SBI zur Hierarchie von Völkerrecht und Landesrecht

a) Das Grundanliegen der SBI im Konflikt mit Art. 190 SBI

[Rz 15] Ziel des Initiativtextes ist, die Bundesverfassung zur obersten Rechtsquelle des schweizerischen Rechts zu erheben, vgl. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 SBI. Ausdrücklich wird geregelt: «Die Bundesverfassung steht über dem Völkerrecht und geht ihm vor, unter Vorbehalt der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts», Art. 5 Abs. 4 Satz 2 SBI. Diese klar scheinende Regelung wird aber durch Art. 190 SBI ergänzt, der die verfassungsrechtliche Anordnung des Vorrangs der Bundesverfassung in ihrer Wirkung beschränkt. Art. 190 SBI erklärt völkerrechtliche Verträge, deren Genehmigungsbeschluss dem Referendum unterstand, für das Bundesgericht und die anderen

⁵ Botschaft des Bundesrates vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1, 134.

rechtsanwendenden Behörden für massgebend. Dies gilt für alle bestehenden und zukünftigen völkerrechtlichen Verpflichtungen des Bundes und der Kantone, Art. 197 Ziff. 12 SBI.

[Rz 16] Dies bedeutet, dass das Bundesgericht ebenso wie an Bundesrecht an Völkerrecht gebunden bleibt, das dem Referendum unterstand, selbst wenn es Verfassungsnormen widerspricht. Das Bundesgericht wird folglich durch Art. 190 SBI daran gehindert, die nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 SBI über dem Völkerrecht stehende Bundesverfassung den Teilen des Völkerrechts vorzuziehen, die dem Referendum unterstanden. Der Vorrangregel des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 SBI wird durch Art. 190 SBI damit in wichtigen Bereichen die Rechtswirkung versagt.⁶ Das Ergebnis ist keine klare Normhierarchie, wie angestrebt, sondern eine Mischordnung, in der in bestimmten Bereichen die Bundesverfassung über dem Völkerrecht steht, in anderen aber Völkerrecht auch gegen widersprechende Regelungen der Bundesverfassung durchgesetzt werden muss.

b) Dem Referendum unterstehende und entzogene völkerrechtliche Abkommen

[Rz 17] Diese Regelung führt zu weitreichenden und überraschenden Konsequenzen. Dem Referendum unterstehen ganz unterschiedliche Arten von völkerrechtlichen Abkommen, nach Art. 140 Abs. 1 lit. b BV etwa solche, die den Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Organisationen betreffen. Nach Art. 141 lit. d BV gehören dazu auch solche, die unbefristet und unkündbar sind (Ziff. 1), den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehen (Ziff. 2) oder wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert (Ziff. 3). Damit werden vom Referendum nicht nur besonders wichtige völkerrechtliche Abkommen erfasst, sondern auch solche, die keine herausgehobene Bedeutung haben.

[Rz 18] Dies kann zu Wertungswidersprüchen führen. Völkerrechtliche Abkommen von beschränkter Wichtigkeit – beispielsweise Regeln für die Überwachung und Behandlung von Ballastwasser und Sedimenten von Schiffen – werden durch Art. 190 SBI für massgebend erklärt, wenn sie dem Referendum unterstanden.⁷ Umgekehrt können Abkommen hinter die Bundesverfassung zurücktreten, denen im Vergleich zu solchen völkerrechtlichen Verträgen höhere Bedeutung zukommt. Das illustrieren beispielsweise Eckpfeiler des internationalen Menschenrechtsschutzes, die nach damals geltendem Recht nicht dem Referendum unterstanden, wie etwa das *Überein-*

⁶ Vgl. SVP-Argumentarium, S. 34: «Im Sinne einer vermittelnden Lösung sieht der Initiativtext darum vor, dass nur die referendumsfähigen Staatsverträge (obligatorisches oder fakultatives Referendum) für massgebend erklärt werden, während alle anderen völkerrechtlichen Bestimmungen (zum Beispiel solche in Verträgen, die der Bundesrat in eigener Kompetenz abgeschlossen hat) im Fall eines Widerspruchs hinter die Verfassung zurückzutreten haben, das heisst, sie sind von den Gerichten und Behörden in diesem Fall nicht anzuwenden». Völkerrecht, das dem Referendum unterlag, ist damit auch dann anzuwenden, wenn es der Verfassung widerspricht.

⁷ Massgebend wäre etwa, ab Inkrafttreten des völkerrechtlichen Vertrags im Jahr 2017, die Regel B-2 Abs. 1 der Anlage «Regeln für die Überwachung und Behandlung von Ballastwasser und Sedimenten von Schiffen zur Verhütung, Verringerung und Beseitigung der Übertragung von schädlichen Wasserorganismen und Krankheitserregern» i.V.m. Art. 4 Abs. 1 des Internationalen Übereinkommens vom 13. Februar 2004 zur Überwachung und Behandlung von Ballastwasser und Sedimenten von Schiffen (Text im BBl 2012 8777 ff., Referendumsfrist am 13. Juli 2013 abgelaufen), nach der jedes Schiff an Bord ein Ballastwasser-Tagebuch mitführen muss, das mindestens die in Anhang II aufgeführten Angaben enthält. Dazu zählen etwa die Pflicht zur Eintragung des geschätzten Volumens des aufgenommenen Ballastwassers in Kubikmeter (3.1.2.) oder des geschätzten Aufnahme- oder Abgabevolumens in Kubikmeter an eine Auffanganlage (3.4.4.).

kommen über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes,⁸ das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung⁹ oder das Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe.¹⁰ Gleiches gilt für das Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, die Genfer Flüchtlingskonvention.¹¹

[Rz 19] Der dadurch entstehende Wertungswiderspruch wird durch Folgendes noch vertieft: Die Verbote des Völkermordes, der Folter oder der Rückschiebung von Flüchtlingen in einen Verfolgerstaat (Non-Refoulement) gehören unzweifelhaft zu den zwingenden Regeln des Völkerrechts, die nach Art. 5 Abs. 4 Satz 2 SBI und Art. 56a Abs. 3 SBI Vorrang vor der Bundesverfassung geniessen sollen.¹² Diejenigen Regelungen zu Völkermord, Folter oder Non-Refoulement der entsprechenden Konventionen, die den Rang von zwingendem Völkerrecht besitzen, werden also von der SBI in Art. 5 Abs. 4 Satz 2 SBI und Art. 56a Abs. 3 SBI mit Vorrang gegenüber der Bundesverfassung versehen. In Art. 190 SBI dagegen wird dieses im Regelungsgefüge der SBI sogar über der Bundesverfassung stehende Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden für nicht massgebend erklärt. Wie solche Wertungswidersprüche aufgelöst werden können, bleibt unerfindlich.

c) Folgen für die EMRK

[Rz 20] Ein weiteres mögliches Beispiel für einen völkerrechtlichen Vertrag von grosser Bedeutung ist die Europäische Menschenrechtskonvention. Diese soll nach den Absichten der Initianten nach Art. 190 SBI nicht massgebend sein, da sie nicht dem Referendum unterstand. Bei einem Widerspruch von Regelungen der EMRK und der Bundesverfassung wäre die EMRK demnach nicht anzuwenden und mithin ein Verstoß gegen Völkerrecht hinzunehmen. Dieser Rechtsbruch könnte weitreichende völkerrechtliche Folgen für die Schweiz haben, etwa Sanktionen des Europarates, und sogar die Kündigung der EMRK nach Art. 56a Abs. 2 SBI nach sich ziehen.¹³ Bei Widerspruch mit Gesetzesrecht soll die EMRK nach dem Willen der Initianten dagegen weiter Anwendung finden und Vorrang geniessen.¹⁴

[Rz 21] Ob dieses das Schutzsystem der EMRK grundsätzlich in Frage stellende Verständnis der Norm allerdings tatsächlich die einzig mögliche Auslegung des Initiativtexts bildet, ist keines-

⁸ Übereinkommen über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes vom 9. Dezember 1948, SR 0.311.11; Ausschluss des Staatsvertragsreferendums festgehalten in AS 2002 2605.

⁹ Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965, SR 0.104; Ausschluss des Staatsvertragsreferendums festgehalten in AS 1995 1163.

¹⁰ Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984, SR 0.105; Ausschluss des Staatsvertragsreferendums festgehalten in AS 1987 1306.

¹¹ Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, SR 0.142.30; Annahme durch die Schweizerische Bundesversammlung am 14. Dezember 1954, festgehalten in AS 1955 441 f.; zum Ausschluss des Staatsvertragsreferendums vgl. BBl 1954 II 69, 83.

¹² SVP-Argumentarium, S. 32: «Das zwingende Völkerrecht als Konsens der internationalen Staatengemeinschaft soll Vorrang haben».

¹³ Vgl. dazu unten 5.

¹⁴ Vgl. SVP-Argumentarium, S. 34: «Dass die EMRK nicht massgebend im Sinne des vorgeschlagenen Artikels 190 BV ist, heisst nicht, dass sie nicht mehr gelten würde oder nicht mehr anzuwenden wäre. Angesprochen ist vorliegend nur das Verhältnis zur Bundesverfassung. Diese geht der EMRK vor. Besteht demgegenüber etwa ein Konflikt zwischen einem Bundesgesetz und der EMRK, so gilt weiterhin und unverändert, was das Bundesgericht entschieden hat: Im Prinzip geht die EMRK vor (es sei denn – eine vom Bundesgericht allerdings nur zum Teil anerkannte Ausnahme –, der Bundesgesetzgeber habe sich bewusst nicht an die Vorgaben der EMRK gehalten)».

wegs sicher. Auch andere Auslegungen von Art. 190 SBI sind nämlich durchaus denkbar. Die EMRK selbst unterstand zwar nicht dem Referendum.¹⁵ Sie wirft aber dennoch schwierige Fragen zum Gehalt der SBI auf. Grundsätzlich kann zunächst gefragt werden, ob Art. 190 SBI auch auf Staatsverträge angewandt werden kann, für die seinerzeit – aufgrund einer gegenüber heute anderen Rechtslage – die Möglichkeit eines Referendums nicht offenstand und die Durchführung eines Referendums ohne verfassungsrechtliche Grundlage von Ständerat und Nationalrat abgelehnt wurde.

[Rz 22] Zusatzprotokolle zur EMRK unterstanden zudem sehr wohl dem Referendum. Dabei ist insbesondere die fundamentale Umgestaltung und Erweiterung des Schutzsystems der EMRK durch Zusatzprotokoll Nr. 11¹⁶ und Nr. 14¹⁷ zu erwähnen. Beide Protokolle haben die Vorschriften der EMRK selbst geändert, nicht nur Regelungen geschaffen, die neben die EMRK treten. Durch das 11. Zusatzprotokoll wurde eine obligatorische Gerichtsbarkeit des EGMR eingeführt, die ein Individualbeschwerdeverfahren umfasst, in dem sich Einzelne unmittelbar an den EGMR wenden können, um die Verletzung eines Konventionsrechts durch einen Vertragsstaat geltend zu machen. Das 14. Zusatzprotokoll hat u.a. das durch das 11. Zusatzprotokoll geschaffene Rechtsschutzsystem der EMRK sowie die Mechanismen zur Durchsetzung von Urteilen des EGMR weiterentwickelt. Das 11. Zusatzprotokoll unterlag aufgrund der damaligen verfassungsrechtlichen Lage nicht dem Referendum,¹⁸ das auf den Änderungen des 11. Zusatzprotokolls aufbauende 14. Zusatzprotokoll hingegen schon; allerdings wurde das Referendum nicht ergriffen.¹⁹ Gleiches gilt für die Zusatzprotokolle Nr. 6²⁰ und 7²¹.²²

[Rz 23] Es ist zumindest fraglich, ob die Zustimmung zu den zum Teil fundamentalen Zusatzprotokollen zur EMRK denkbar ist ohne die implizite Bestätigung der Mutterkonvention. Das an das 11. Zusatzprotokoll anknüpfende 14. Zusatzprotokoll ändert zwar nicht die materiellen Rechte, welche die EMRK gewährt. Wie können aber das reformierte Individualschutzsystem der EMRK sowie die Durchsetzungsmechanismen für Urteile des EGMR zum massgebenden Recht für das Bundesgericht erklärt werden, nicht aber die Rechte, denen dieses Individualschutzsystem dient? Wie ist dies möglich, wenn die dem Referendum unterstehenden Regelungen zudem den Text der EMRK selbst betreffen? Wie kann dies für die anderen Regelungen gelten, die die Zusatzprotokolle schaffen? Die SBI führt auch in dieser Hinsicht zu weitreichenden Auslegungsfragen, deren Antworten offen bleiben.

¹⁵ AS 1974 2148, 2150. Nach damals geltendem Verfassungsrecht, Art. 89 Abs. 4 aBV, unterstanden dem fakultativen Staatsvertragsreferendum Staatsverträge mit dem Ausland, welche unbefristet oder für eine Dauer von mehr als 15 Jahren abgeschlossen wurden. Dabei betrachtete man Verträge nicht als referendumpflichtig, die vor Ablauf einer Frist von 15 Jahren gekündigt werden konnten, wie es für die EMRK der Fall ist. Eine Durchführung eines Referendums ohne ausdrückliche Verfassungsgrundlage verwarf der Bundesrat ebenso wie Ständerat und Nationalrat; vgl. im Überblick 40 Jahre EMRK-Beitritt der Schweiz: Erfahrungen und Perspektiven, Bericht des Bundesrates vom 19. November 2014, BBl 2015 357, 373.

¹⁶ Protokoll Nr. 11 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Umgestaltung des durch die Konvention eingeführten Kontrollmechanismus vom 11. Mai 1994, SR 0.101.09.

¹⁷ Protokoll Nr. 14 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Änderung des Kontrollsystems der Konvention vom 13. Mai 2004, SR 0.101.094.

¹⁸ AS 1998 2992.

¹⁹ AS 2009 3065.

²⁰ Protokoll Nr. 6 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Abschaffung der Todesstrafe vom 28. April 1983, SR 0.101.06.

²¹ Protokoll Nr. 7 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 22. November 1984, SR 0.101.07.

²² AS 1987 1806, AS 1988 1596, 1597.

[Rz 24] Weiter ist zu bedenken, dass die nachgeführte Bundesverfassung in wesentlichen Zügen durch die EMRK geprägt ist, bis hin zur wörtlichen Übernahme von einzelnen Grundrechtsgewährleistungen der EMRK. Die Annahme der neuen Bundesverfassung durch Volk und Stände impliziert insofern auch eine Stellungnahme zur EMRK, wie auch der Bundesrat in seiner Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 (BB1 1997 I 1, 47) festhält: «In manchen Bereichen, z. B. den Grundrechten und dem internationalen Recht, ist die Weiterentwicklung der Rechtsordnung durch die Rechtsprechung und den Abschluss völkerrechtlicher Verträge, ohne ausdrückliche Zustimmung des Souveräns, erfolgt (EMRK und UNO-Pakte). Eine Volksabstimmung über das gesamte geltende Verfassungsrecht bietet eine willkommene Gelegenheit, sich dieser grundlegenden Normen bewusst zu werden und sie zu bestätigen.» Die Bestätigung der Bundesverfassung in ihrer Prägung durch die EMRK durch Volk und Stände wirft zumindest die Frage auf, ob damit nicht weitere Gründe gewonnen werden können, dass auch die EMRK selbst als Staatsvertrag zu qualifizieren ist, der im Sinne von Art. 190 SBI dem Referendum unterlag.²³

[Rz 25] Insgesamt ergibt sich, dass nach einer zumindest vertretbaren Auslegung des Initiativtextes die EMRK durch die SBI für das Bundesgericht zu massgebendem Recht erhoben wird, das heisst also auch im Hinblick auf widersprechendes Verfassungsrecht angewendet werden muss. Die EMRK müsste somit auch gegenüber durch Volksinitiative in der Verfassung verankerten Normen, die bestimmten Rechten der EMRK widersprechen, durchgesetzt werden. Der Initiativtext könnte insofern zu einer Situation führen, die das genaue Gegenteil der Absichten der Initianten bewirkt.

d) Folgen für die Bilateralen Abkommen

[Rz 26] Ähnliche Probleme ergeben sich in Bezug auf andere völkerrechtliche Verträge. Beispiele dafür sind die Bilateralen Abkommen I und II. Diese unterlagen dem Referendum, im Fall der Bilateralen I wurde ein Referendum durchgeführt.²⁴ Teil der Bilateralen I, die damit auf jeden Fall in den Anwendungsbereich von Art. 190 SBI fallen, ist das Freizügigkeitsabkommen. Im Ergebnis wird damit das Freizügigkeitsabkommen durch Art. 190 SBI für massgebend erklärt. Das Bundesgericht kann demnach auch das Freizügigkeitsabkommen unter Berufung auf widersprechendes Verfassungsrecht nicht unangewendet lassen. Daraus ergibt sich die folgende Situation: Die SBI, der unter anderem die Absicht unterliegt, Rechtswirkungen des Freizügigkeitsabkommens auf die schweizerische Rechtsordnung abzuwehren,²⁵ schafft eine Regelung, in welcher die Massgeblichkeit des Freizügigkeitsabkommens verankert wird, die nach dem Willen der Initian-

²³ Der Bundesrat hält insofern zusammenfassend fest, dass die EMRK über eine «starke, auch direktdemokratische Legitimation» verfüge; 40 Jahre EMRK-Beitritt der Schweiz: Erfahrungen und Perspektiven, Bericht des Bundesrates vom 19. November 2014, BB1 2015 357, 374.

²⁴ Der Bundesbeschluss über die Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft sowie gegebenenfalls ihrer Mitgliedstaaten oder der Europäischen Atomgemeinschaft andererseits vom 8. Oktober 1999 wurde im Rahmen eines Referendums am 21. Mai 2000 von Volk und Ständen angenommen (BB1 2000 1049; BB1 2000 3773). Die Referendumsfrist verstrich bei den Abkommen der Bilateralen II grossmehrheitlich ungenutzt (AS 2005 2185, 2186; AS 2005 2557, 2569; AS 2006 1039, 1040; AS 2006 1109, 1110; AS 2006 5931; AS 2009 1297, 1298; AS 2011 877, 878), wobei das Abkommen über landwirtschaftliche Verarbeitungserzeugnisse nicht dem Referendum unterstand (AS 2005 1531). Eine Ausnahme bildet das Abkommen zu Schengen/Dublin, s.u.

²⁵ Vgl. SVP-Argumentarium, S. 18.

ten gerade verhindert werden sollte. Gleiches gilt für andere Abkommen, welche die Initianten kritisieren, etwa jenes zu Schengen/Dublin, das in einer Volksabstimmung angenommen wurde.²⁶ Diese Beispiele machen deutlich, dass der Regelungsvorschlag der SBI verfassungsrechtlich unausgereift ist.

[Rz 27] Diese Befunde reichen aus, um ein grundsätzliches Problem der SBI zu verdeutlichen. In Art. 5 Abs. 1 und 4 SBI wird der Grundsatz des Vorrangs der Bundesverfassung zwar aufgestellt. Die Regelung in Art. 190 SBI führt aber dazu, dass diesem Vorrang die Durchsetzung versagt wird, indem bestimmte Teile des Völkerrechts für massgebend erklärt werden. Welche Teile des Völkerrechts dazu gehören, ist alles andere als klar. Zudem ergeben sich kaum auflösbare Wertungswidersprüche. Der angestrebten Klärung des Verhältnisses von Völkerrecht und Bundesverfassungsrecht dient die Regelung der SBI offenkundig nicht.

e) Der Vorbehalt des zwingenden Völkerrechts

[Rz 28] Der Initiativtext stellt den Vorrang des Bundesverfassungsrechts gegenüber dem Völkerrecht unter den Vorbehalt der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts, Art. 5 Abs. 4 SBI und Art. 56a Abs. 3 SBI. Das zwingende Völkerrecht, auch als eigenständiger Begriff des Bundesverfassungsrechts, ist wesentlich menschenrechtlich geprägt. Mit der Regelung der SBI, zwingenden Regelungen des Völkerrechts gegenüber der Bundesverfassung einen Vorrang einzuräumen, ist eine grundlegende Wertung verbunden, die nicht übersehen werden sollte. Diese Regelung der SBI akzeptiert zwingendes Völkerrecht als Schranke auch für demokratisch getroffene Mehrheitsentscheidungen. Die Initianten selbst bestätigen die Berechtigung derartiger Bindungen von Mehrheitsentscheidungen an grundlegende Rechtsnormen dadurch, dass sie einen Vorbehalt zwingenden Völkerrechts statuieren wollen. Argumente, die sich grundsätzlich gegen die Rechtfertigung der Begrenzung von Mehrheitsentscheidungen durch bestimmte, gerade auch grund- und menschenrechtlich motivierte Rechtsprinzipien richten, verlieren damit an Kraft. Hinter dem in der Bundesverfassung verankerten und von der SBI akzeptierten Vorbehalt des zwingenden Völkerrechts steht eine wichtige Einsicht: Staatliche Souveränität bedeutet nicht rechtliche Bindungslosigkeit, sondern freie Selbstbestimmung eines Gemeinwesens im Rahmen von Grundrechten und Grundregeln der Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, die freie Selbstbestimmung in einer politischen Ordnung überhaupt erst möglich machen.

4. Rechtsunsicherheiten und Bundesgericht

[Rz 29] In Bezug auf das Verhältnis von Bundesverfassungsrecht und Völkerrecht führt der Initiativtext also zu weitreichenden Rechtsunsicherheiten. Diese Rechtsunsicherheiten gehen so weit, dass nicht einmal klar ist, ob die Kernanliegen der Initianten durch die SBI überhaupt erreicht werden.

[Rz 30] Diese Rechtsunsicherheiten haben zur Folge, dass das Bundesgericht in letzter Instanz entscheiden müsste, wie die entsprechenden Rechtsnormen zu verstehen sind. Die SBI nahm ihren Ausgang nicht zuletzt in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Frage des Verhältnisses

²⁶ BBl 2005 2690, BBl 2005 5183.

von Völker- und Landesrecht. Sie strebt an, eine Regelung in der Bundesverfassung zu verankern, die diese Rechtsprechung korrigiert. Ihre Annahme würde jedoch die Notwendigkeit schaffen, durch die SBI neu aufgeworfene offene Rechtsfragen wiederum durch das Bundesgericht klären zu lassen. Damit wäre das Bundesgericht erneut aufgerufen, das Verhältnis von Völker- und Landesrecht, insbesondere Bundesverfassungsrecht, zu klären. Das Bundesgericht ist dieser schwierigen und verantwortungsvollen Aufgabe seit Jahrzehnten durch eine differenzierte und flexible, wenn auch im Detail strittige Rechtsprechung gerecht geworden. Welcher Gewinn, auch aus Sicht der Initianten, allerdings darin liegen soll, das Bundesgericht mit neuen komplexen Rechtsfragen in diesem Bereich zu belasten, ist nicht ersichtlich.

[Rz 31] Das Bundesgericht würde durch diese Rechtsunsicherheiten zudem mit der Lösung von neuen weitreichenden und politisch aufgeladenen Problemen befasst. Es müsste die durch die Regelung aufgeworfenen, vielfältigen Fragen klären und würde damit – wie immer es entscheidet – politisch womöglich instrumentalisierbarer Kritik ausgesetzt. Es besteht die Gefahr, dass diese Kritik die Stellung des Gerichts in einer Weise treffen könnte, die das am Grundsatz der Gewaltenteilung orientierte Institutionengefüge des Rechtsstaates schwächt.

5. Rechtsfolgen eines Widerspruchs von Völkerrecht und Verfassungsrecht

[Rz 32] Nach Art. 56a SBI soll zunächst klargestellt werden, dass der Bund und die Kantone keine völkerrechtlichen Verpflichtungen eingehen dürfen, die der Bundesverfassung widersprechen. Dies entspricht der gegenwärtigen Rechtslage. Relevant ist insofern Art. 56a Abs. 2 SBI. Danach soll gelten: «Im Fall eines Widerspruchs sorgen sie für eine Anpassung der völkerrechtlichen Verpflichtungen an die Vorgaben der Bundesverfassung, nötigenfalls durch Kündigung der betreffenden völkerrechtlichen Verträge». «Sie» scheint sich auf «Bund und Kantone» in Art. 56a Abs. 1 SBI zu beziehen. Nach Art. 56a Abs. 3 SBI bleiben wiederum die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts vorbehalten.

[Rz 33] Auch diese Regelung wirft weitreichende Rechtsfragen auf. Die erste Frage richtet sich darauf, was völkerrechtliche Verpflichtungen sind, die der Bundesverfassung widersprechen. Ist damit ein völkerrechtliches Vertragswerk insgesamt gemeint oder sind es die tragenden Vertrags-teile? Sind Zielkonflikte gemeint? Sind womöglich schon einzelne Normen ausreichend, um einen solchen Widerspruch zu begründen? Wie ist es mit einzelnen Urteilen oder anderen massgeblichen Konkretisierungen zu einzelnen Normen eines völkerrechtlichen Vertrags, z.B. des Appellate Body im WTO-System?

[Rz 34] Dass solche einzelne Entscheidungen bereits einen Widerspruch zwischen Völkerrecht und Bundesverfassung begründen können, bildet eine mögliche, von den Initianten allenfalls intendierte Auslegung der Norm. Wenn diese Sichtweise zugrunde gelegt wird, stellen sich aber weitere Fragen. Reicht etwa ein einziges Urteil oder muss eine Rechtsprechung über längere Zeit verfestigt sein? Diese Frage ist durchaus wichtig, denn die Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrages entwickelt sich weiter, und es erschiene widersinnig, ein Abkommen wegen einer Auslegung zu kündigen, die womöglich schon in wenigen Jahren nicht mehr massgeblich ist. Aber auch andere Verständnisse der Norm sind denkbar. Die weitreichenden Folgen der Kündigung eines völkerrechtlichen Vertrages könnten etwa auf die Notwendigkeit eines grundsätzlichen Wi-

derspruchs eines völkerrechtlichen Vertragswerks (oder jedenfalls seiner tragenden Teile) mit der schweizerischen Bundesverfassung hindeuten.

[Rz 35] Für das Beispiel der EMRK ist festzuhalten, dass es gewichtige Argumente gibt, zu verneinen, dass die Regelungen der EMRK der Bundesverfassung in einer solchen grundsätzlichen Weise widersprechen. Dies ist schon deswegen so, weil die Bundesverfassung durch die EMRK wesentlich geprägt ist. Wichtige Regelungen wurden sogar wörtlich in die Bundesverfassung aufgenommen. Die Bedeutung der EMRK für die nachgeführte Bundesverfassung wurde im Rahmen der Abstimmung über diese auch deutlich hervorgehoben.²⁷ Aus dieser Sicht würden einzelne Urteile des EGMR nicht ausreichen, um einen solchen Widerspruch der EMRK zur BV zu begründen. Unzweifelhaft ist aber auch diese Auslegung nicht. Es besteht vielmehr grosse Unsicherheit, wie die Regelung des Art. 56a Abs. 2 SBI genau zu verstehen ist.²⁸

[Rz 36] Damit stellt sich erneut die Frage, wer diese Rechtsfrage zu beantworten hat: Ist dazu der Bundesrat, die Bundesversammlung oder das Bundesgericht aufgerufen? Ergibt sich die Kompetenz zur Feststellung eines Widerspruchs von völkerrechtlichen Verpflichtungen und Bundesverfassung aus der Kompetenz eines Staatsorgans, den betreffenden völkerrechtlichen Vertrag abzuschliessen oder zu kündigen? Oder ist womöglich sogar in letzter Instanz ein internationales Gericht allein autorisiert, einen Widerspruch zwischen Landesrecht und Völkerrecht festzuhalten?

[Rz 37] Ein weiteres Problem betrifft das Verhältnis von Art. 190 SBI und Art. 56a Abs. 2 SBI. Was ist die Rechtsfolge, wenn nach Art. 190 SBI massgebendes Völkerrecht gegen die Bundesverfassung verstösst? Erfasst die Regelung des Art. 56a Abs. 2 SBI auch dieses qualifizierte Völkerrecht? Dies scheint eine naheliegende Auslegung zu sein. Warum wird aber durch Art. 190 SBI Völkerrecht für massgebend erklärt und womöglich jahrelang, bis eine Anpassung dieses Völkerrechts oder seine Kündigung erreicht wurde, gegen entgegenstehendes Recht der Bundesverfassung durchgesetzt? Nimmt Art. 190 SBI Völkerrecht, das dem Referendum unterstand, vielleicht von der Regelung des Art. 56a Abs. 2 SBI aus? Letztere Auslegung ist keineswegs abwegig. Hinter Art. 190 SBI steht ja anscheinend die Wertung, dass Völkerrecht, das dem Referendum unterstand, demokratisch besonders legitimiert ist, da es – in den Worten der Initianten – «das Verfahren der Verfassungs- oder der Gesetzgebung durchlaufen» hat.²⁹ Solches qualifiziertes Völkerrecht für alle rechtsanwendenden Behörden für massgebend zu erklären und gleichzeitig einem Kündigungsgebot zu unterlegen, kann als wenig überzeugende Auslegung der Normen der SBI erscheinen, die ja gerade direktdemokratisch getroffene Entscheidungen in ihrer Wirksamkeit stärken möchte.

²⁷ Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1, bspw. 34, 44, 47, 62, 119. Vgl. auch den Verweis auf die Konventionsrechte bei der Besprechung der einzelnen Grundrechte.

²⁸ Im SVP-Argumentarium, S. 24, wird ausgeführt: «Die Kündigung der EMRK ist nicht das Ziel der Selbstbestimmungsinitiative, doch sie nimmt eine Kündigung in Kauf, falls es zu wiederholten und grundlegenden Konflikten mit der Verfassung kommt». Was heisst «wiederholt und grundlegend»? Es scheint jedenfalls Einzelfälle («wiederholt») auszuschliessen. An anderer Stelle, SVP-Argumentarium, S. 33, wird dargelegt: «Sollte sich beispielsweise zeigen, dass die Ausschaffungsinitiative oder die Minarettinitiative nicht mit der EMRK bzw. deren Auslegung durch den EGMR vereinbar ist und lassen sich keine entsprechenden Vorbehalte anbringen, so muss die Schweiz eine Kündigung der EMRK in Kauf nehmen». Vgl. auch S. 34: «Mit dem vorgeschlagenen Art. 190 hätte das Bundesgericht nicht den Vorrang der EMRK gegenüber der Ausschaffungsinitiative erklären dürfen, wie es dies in seinem Urteil vom 12. Oktober 2012 getan hat. Um den allfälligen Widerspruch zwischen Verfassung und EMRK zu beseitigen, muss gemäss Art. 56a des Initiativtextes ein Vorbehalt gegenüber der EMRK angebracht oder, wenn dies nicht möglich ist, die EMRK gekündigt werden». Dies scheint wiederum darauf hinzudeuten, dass einzelne Konfliktlagen ausreichen.

²⁹ Vgl. SVP-Argumentarium, S. 34.

[Rz 38] Oder sind weitere Differenzierungen nötig? Könnte etwa nur ein Widerspruch von Völkerrecht, das dem Referendum unterlag, und später geschaffenem Verfassungsrecht die Rechtsfolgen von Art. 56a Abs. 2 SBI auslösen, wenn ein Verstoss gegen das qualifizierte Völkerrecht durch dieses neuere Verfassungsrecht beabsichtigt gewesen ist? Gilt dies aber vielleicht nicht für bestimmte Materien, etwa den Grundrechtsschutz? Die Fragen, die sich unter der bisherigen Rechtslage stellen («Schubert-Praxis»; «PKK-Praxis»), müssten wohl auch in ähnlicher Form unter den neuen Regelungen der SBI beantwortet werden. Auch hier schafft die SBI weitreichende Rechtsunsicherheiten.

[Rz 39] Ebenso unklar ist, was eigentlich die Rechtsfolge eines festgestellten Widerspruchs bildet. Die Anpassung von völkerrechtlichen Verträgen ist häufig unmöglich. Völkerrechtliche Verträge sind das Ergebnis komplizierter Verhandlungen, die politisch nicht einfach neu aufgerollt werden können. Der Text spricht davon, dass «nötigenfalls» eine Kündigung vollzogen werden sollte. Ist damit ein Automatismus gemeint, eine strikte Kündigungspflicht, wenn eine Anpassung nicht erfolgen kann – was ja der Regelfall sein wird? Oder wird ein Ermessen eingeräumt, das pragmatischen Gründen oder Verhältnismässigkeitsüberlegungen offen steht? Die Neuverhandlung von völkerrechtlichen Verträgen ist ein häufig viele Jahre dauerndes Geschäft. Wie viel Zeit räumt die Regelung der SBI den Behörden ein, eine solche Neuverhandlung zu versuchen, wann wirkt das Kündigungsgebot?

[Rz 40] Die Durchführbarkeit solcher Kündigungen ist für verschiedene völkerrechtliche Verträge ebenfalls problematisch. Die EMRK ist kündbar, bestimmte völkerrechtliche Verträge, die von dieser Regel unmittelbar erfasst werden könnten, wie etwa der UNO-Pakt II,³⁰ gelten aber als unkündbar. Das zuweilen erwogene Vorgehen, den betreffenden völkerrechtlichen Vertrag zu kündigen, um ihm dann unter Vorbehalten wieder beizutreten, wird überwiegend als völkerrechtlich unzulässig angesehen. Ein solches Vorgehen würde als rechtsmissbräuchlich gelten, da nach Art. 19 VRK³¹ nachträgliche Vorbehalte verboten sind. Staaten können sich nicht nachträglich durch Vorbehalte einer Verpflichtung entziehen, die sie rechtsverbindlich eingegangen sind.

[Rz 41] Schliesslich ist unklar, wer zur Kündigung eigentlich berufen ist. Einerseits wird vertreten, dass der Bundesrat grundsätzlich nach Art. 184 Abs. 1 BV dafür zuständig sei, einen völkerrechtlichen Vertrag zu kündigen oder von ihm zurückzutreten. Andererseits wird auch argumentiert, dass eine Beteiligung des Parlamentes notwendig sei. Welche Regelung soll aus Sicht der SBI gelten? Auch in diesem Bereich vertieft die SBI die Rechtsunsicherheit.

[Rz 42] Im Völkerrecht gilt gewohnheits- wie vertragsrechtlich der Grundsatz, dass Verträge einzuhalten sind (*pacta sunt servanda*).³² Gleiches gilt für die Regel, dass ein Staat sich nicht auf innerstaatliches Recht berufen kann, um die Nichtbefolgung einer völkerrechtlichen Verpflichtung zu rechtfertigen.³³ Die Regelungen der SBI können also die Schweiz nicht von ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen befreien. Solange diese bestehen, würde eine Verletzung dieser Verpflichtungen die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Schweiz für den Völkerrechtsbruch nach sich ziehen.

³⁰ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt II), SR 0.103.2.

³¹ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (Wiener Vertragsrechtskonvention, VRK), SR 0.111.

³² Art. 26 VRK.

³³ Art. 27 VRK.

6. Völkerrecht, internationale Ordnung und die Interessen der Schweiz

[Rz 43] Die SBI strebt einen klaren Vorrang von Bundesverfassungsrecht vor Völkerrecht an. Der Regelungsgehalt der SBI erreicht dieses Ziel wie dargelegt nicht, sondern führt in ein Dickicht von schwer zu lösenden Rechtsfragen.

[Rz 44] Aber nicht nur der konkrete Initiativtext, auch das rechtspolitische Ziel ist kritischem Nachfragen ausgesetzt. Wie angedeutet, ist die internationale Rechtsentwicklung dadurch geprägt, dass das Verhältnis verschiedener Rechtskreise, nicht zuletzt von Völkerrecht und einzelstaatlichem Recht, nicht durch starre Hierarchien gekennzeichnet ist. Dafür gibt es triftige Gründe. Eine flexible Ordnung dieser Rechtsschichten wird der Differenziertheit der Regelungsmaterie von Völkerrecht und dem unterschiedlichen Gewicht verschiedener Regelungskreise besser gerecht. Gleiches gilt für die mannigfaltigen Interessen, die in einem konkreten Fall an der Durchsetzung von bestimmten Rechtsregelungen bestehen. Das moderne Völkerrecht erfasst ganz verschiedene Materien – vom internationalen Wirtschafts- bis zum Umweltrecht, vom internationalen Strafrecht oder der Terrorismusbekämpfung bis zur Koordinierung des Postwesens. Es spricht deshalb viel für die bisher bestehende flexible Handhabung des Verhältnisses von Völkerrecht und Landesrecht, weil sich dieses Verhältnis einfachen Lösungen entzieht.

[Rz 45] Eine Schwächung der Geltungskraft von Völkerrecht liegt keineswegs im Interesse der Schweiz. Die Schweiz hat eine im internationalen Vergleich in die Weltwirtschaft hochintegrierte Volkswirtschaft. Der Wohlstand der Schweiz hängt von der Teilhabe an der Weltwirtschaft ab. Eine Grundlage dieser wirtschaftlichen Position ist ein intaktes System internationalen Wirtschaftsrechts. Dazu gehören Freihandelsabkommen ebenso wie Investitionsschutzabkommen, finanzdienstleistungsrechtliche Regelungen, Steuerabkommen oder auch Abkommen, die die soziale Sicherheit von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern betreffen. Das WTO-System ist von zentraler Bedeutung für die wirtschaftlichen Aktivitäten schweizerischer Unternehmen und ihren Zugang zu den Märkten dieser Welt. Auch hier könnten Widersprüche zwischen Wirtschaftsvölkerrecht und Bundesverfassungsrecht entstehen, etwa durch Initiativen, die auf die fortdauernde Subventionierung von Schweizer Produkten gerichtet sind und die mit WTO-Recht kollidieren können. Die Einbindung der Schweiz in eine Ordnung wie die der WTO wegen solcher Konflikte zu riskieren, kann nicht im Interesse der schweizerischen Wirtschaft und der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer liegen. Ähnliches gilt für andere Regelungen des Alltags der Staatsgeschäfte, von der Kriminalitätsbekämpfung bis hin zum internationalen Umweltschutz.

[Rz 46] Ein weiteres Ziel der Initiative ist die Begrenzung der innerstaatlichen Wirkung des institutionalisierten, internationalen Grundrechtsschutzes, insbesondere durch die EMRK, aber auch durch andere Mechanismen, wie etwa im Rahmen des UNO-Pakts II. Den Argumenten für eine solche Begrenzung sollte nicht zu schnell gefolgt werden. Insbesondere sollte man berechnete Kritik an einzelnen Entscheidungen von Organen dieser Schutzsysteme wie etwa dem EGMR nicht mit begründeter Kritik am System insgesamt verwechseln. Auch das Bundesgericht fällt Urteile, die von verschiedenen Seiten kritisch beurteilt werden, ohne dass man deswegen die rechtsstaatliche Funktion des Bundesgerichts in Frage stellen würde.

[Rz 47] Die schweizerische Rechtsordnung besitzt neben den Gewährleistungen des Völkerrechts ein eigenes hochentwickeltes System des Grundrechtsschutzes. Das ist keine Besonderheit. Viele Staaten, die an internationalen Menschenrechtsschutzsystemen teilnehmen, kennen einen vergleichbaren eigenen Grundrechtsschutz, ohne dass dies internationale Grundrechtsgewährleistungen überflüssig machen würde. Dafür gibt es verschiedene Gründe. Ein erster Grund ist der

weitsichtige Schutz eigener Interessen. Menschen entfalten heute ihr Leben über Staatsgrenzen hinweg. Unternehmen sind selbstverständlich international aktiv. Es besteht daher ein unmittelbares Eigeninteresse, dass bestimmte Grundrechtspositionen auch ausserhalb des eigenen Staates geschützt werden. Ein wirksames europäisches Grundrechtsschutzsystem dient etwa unmittelbar den vielen Menschen und Unternehmen, die sich in Europa frei und ohne Furcht vor Grundrechtsverletzungen durch andere Staaten bewegen möchten.

[Rz 48] Der Schutz bestimmter Grundrechtsstandards stützt die Stabilität der internationalen Ordnung. Eine internationale Kontrolle von nationalen Grundrechtsschutzsystemen kann dazu einen wichtigen Beitrag leisten, gerade in Staaten, deren eigener Grundrechtsschutz Defizite aufweist. Von stabilen politischen Verhältnissen profitieren aber alle Staaten, gerade in der eng verbundenen Staatenwelt Europas.

[Rz 49] Das Grundrechtsschutzsystem der Schweiz – von den Grundrechtsgewährleistungen der Bundesverfassung bis zur Auslegung des Rechts – hat zudem in vielerlei Hinsicht von internationalen Grundrechtsschutzsystemen profitiert. Internationale Kontrollsysteme können Verbesserungsmöglichkeiten von nationalen Systemen identifizieren und wichtige Impulse zur Rechtsentwicklung formulieren. Umgekehrt ist die Teilnahme an solchen internationalen Systemen die Voraussetzung dafür, diese Systeme weiterzuentwickeln. Der internationale Grundrechtsschutz wird selbst in wesentlicher Hinsicht durch die Entwicklungen in einzelstaatlichen Grundrechtsschutzsystemen befruchtet.

[Rz 50] Die Änderung der Bundesverfassung unterliegt nur wenigen Grenzen; insbesondere dürfen zwingende Regeln des Völkerrechts nicht verletzt werden. Internationaler Grundrechtsschutz ergänzt deswegen das grundrechtliche Schutzsystem in der Schweiz in wichtigen Aspekten und hilft sicherzustellen, dass auch Verfassungsänderungen nicht grundlegende Individualrechte verletzen.

[Rz 51] Schliesslich ist die Teilnahme an internationalen Grundrechtsschutzsystemen Ausdruck der Unterstützung der Menschen in anderen Staaten, die ohne solche Systeme Grundrechtsschutz entbehren müssten. Die Schwächung solcher Systeme durch die Schweiz wäre ein nicht zu rechtfertigendes politisches Signal.

[Rz 52] Auch die weiteren politischen Folgen der Initiative sind zu bedenken. Wie dargelegt, sind die genauen Rechtsfolgen der SBI alles andere als klar. Die politischen Absichten sind aber deutlich genug, allenfalls aus dem System der EMRK auszuschneiden. Dies würde auch die Mitgliedschaft im Europarat infrage stellen. Ähnliches gilt für fundamentale Pakte der internationalen Rechtsordnung wie den UNO-Pakt II. Die Schweiz würde sich mit einer solchen Politik aussenpolitisch und rechtskulturell isolieren. Nur wenige Staaten sind in Europa nicht Teil des Europaratssystems, etwa Weissrussland, oder lehnen – wie etwa Nordkorea – das System des UNO-Pakts II grundsätzlich ab.

[Rz 53] Die Schweiz kann kein Interesse daran haben, die Ordnung des Völkerrechts zu schwächen. Andere Staaten können aufgrund ihrer Grösse und Macht ihre Interessen auch ohne das Völkerrecht, vielleicht sogar gegen völkerrechtliche Regelungen durchsetzen. Die Schweiz ist als Kleinstaat jedoch auf eine intakte Völkerrechtsordnung angewiesen.

[Rz 54] Die Initiative wird vor dem Hintergrund einer spezifischen internationalen Krisensituation diskutiert. Die Weltwirtschaft ist weiterhin durch fundamentale Herausforderungen geprägt. In verschiedenen Regionen sind gewalttätige Konflikte ausgebrochen. Kriege fordern grosse Opfer und vertreiben Millionen von Menschen. Mächtige Staaten sind in diese Konflikte direkt und

indirekt eingebunden. In dieser Situation ist kein Staat wohlberaten, bestehende Elemente einer internationalen stabilen Ordnung zu schwächen. Dies gilt schon aufgrund von elementaren Sicherheitsinteressen, weil die Konflikte in anderen Regionen der Welt auch andere Staaten nicht unberührt lassen, wie die gegenwärtige politische Lage eindringlich illustriert.

[Rz 55] Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte hält in der Präambel als Lehre aus den Erfahrungen der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts fest, dass es notwendig sei, Menschenrechte durch die Herrschaft des Rechts zu schützen, damit der Mensch nicht gezwungen werde, als letztes Mittel zum Aufstand gegen Tyrannei und Unterdrückung zu greifen. Das ist keine leere Rhetorik. Die Ereignisse in verschiedenen Staaten, dramatisch etwa in Syrien, haben illustriert, was es heisst, wenn Menschen zu Verzweiflungstaten getrieben werden, weil ihre Menschenrechte nicht respektiert werden, und welche tragischen Folgen der Aufstand gegen Tyrannei und Unterdrückung haben kann – für die unmittelbar betroffenen Menschen, für eine ganze Region und die Welt insgesamt.

[Rz 56] Es ist deshalb von grosser Bedeutung, die Elemente einer zivilisierten internationalen Ordnung – wie unvollkommen auch immer sie gestaltet sein mögen – zu stärken und weiterzuentwickeln, statt sie zu schwächen. Dies ist ein Gebot des Schutzes der eigenen Interessen, aber auch des Respekts vor den Rechten aller Menschen.

7. Zusammenfassung

[Rz 57] Die SBI strebt die Klärung des Verhältnisses von Landesrecht, insbesondere Bundesverfassungsrecht, und Völkerrecht an. Der Vorrang des Bundesverfassungsrechts soll sichergestellt werden. Dieses Regelungsziel erreicht die SBI nicht. Es gibt sogar gute Gründe anzunehmen, dass sie in Bezug auf EMRK oder Freizügigkeitsabkommen das Gegenteil ihrer Intentionen erreichen würde: Das Freizügigkeitsabkommen unterstand dem Referendum und ist deswegen massgebend im Sinne von Art. 190 SBI. Für die EMRK gibt es jedenfalls gute Argumente, dass auch für sie das Gleiche gelten könnte. In jedem Fall würde die Annahme der SBI zu grossen Rechtsunsicherheiten in einem Bereich führen, der staatspolitisch von existenzieller Bedeutung ist. Das Bundesgericht wäre wieder aufgerufen, die Rechtsunsicherheiten zu klären. Die SBI dient deswegen der verfassungsrechtlichen Klärung des Verhältnisses von Landesrecht und Völkerrecht in keiner Weise – im Gegenteil: Die verfassungsrechtliche Lage wäre bei einer Annahme der SBI durch neue und aussergewöhnlich weitreichende Unsicherheiten geprägt.

[Rz 58] Die SBI gefährdet die Integration der Schweiz in die internationale Ordnung, gerade auch in wirtschaftlicher Hinsicht. Die Differenzierung des Völkerrechts und die Vielfalt der Beziehungen der Staaten legen eine flexible und vielschichtige Bestimmung des Verhältnisses von Landesrecht und Völkerrecht nahe. Starre Vorrangregeln sind dagegen keine geeigneten Mittel, um das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht sachgerecht zu bestimmen. Internationaler Grundrechtsschutz dient den Interessen der Bürgerinnen und Bürger der Schweiz, nicht zuletzt als Beitrag zur politischen Stabilität der Staatenwelt. Die Erhaltung der Systeme des internationalen Grundrechtsschutzes ist im Übrigen ein Gebot selbstverständlicher mitmenschlicher Solidarität.

Diese Stellungnahme wird von folgenden Mitgliedern des Fachbereichs Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich getragen:

ANDREAS AUER, em. ordentlicher Professor.

MICHAEL BEUSCH, Privatdozent.

SILVIA BUCHER, Privatdozentin.

OLIVER DIGGELMANN, ordentlicher Professor.

MAGDALENA FOROWICZ, Privatdozentin.

THOMAS GÄCHTER, ordentlicher Professor.

ALAIN GRIFFEL, ordentlicher Professor.

WALTER HALLER, em. ordentlicher Professor.

ISABELLE HÄNER, Titularprofessorin.

TOBIAS JAAG, em. ordentlicher Professor.

CHRISTINE KAUFMANN, ordentliche Professorin.

HELEN KELLER, ordentliche Professorin.

REGINA KIENER, ordentliche Professorin.

AUGUST MÄCHLER, Titularprofessor.

MALCOLM MACLAREN, Privatdozent.

MATTHIAS MAHLMANN, ordentlicher Professor.

ARNOLD MARTI, em. Titularprofessor.

DANIEL MOECKLI, Assistenzprofessor.

GEORG MÜLLER, em. ordentlicher Professor.

MATTHIAS OESCH, ausserordentlicher Professor.

TOMAS POLEDNA, Titularprofessor.

HERIBERT RAUSCH, em. ordentlicher Professor.

JOHANNES REICH, Assistenzprofessor.

URS SAXER, Titularprofessor.

PATRICIA M. SCHIESS RÜTIMANN, Privatdozentin.

MARKUS SCHOTT, Titularprofessor.

DANIEL THÜRER, em. ordentlicher Professor.

ANDREA TÖNDURY, Privatdozent.

FELIX UHLMANN, ordentlicher Professor.

STEFAN VOGEL, Titularprofessor.

BEATRICE WEBER-DÜRLER, em. ordentliche Professorin.